

<https://helda.helsinki.fi>

pö Pragmatism inom nordisk kontrakts- och skadeståndsrätt
denne måten viser vi att vi som samfunn tar avstand fra at
pö menneskers kropp skal kunne kjøpes eller business
usual? En kommentar till två nordiska rättsfall om prostitutionsinkomster

Eftestöl-Wilhelmsson, Ellen

Jure

2019-12-20

Eftestöl-Wilhelmsson , E 2019 , Pragmatism inom nordisk kontrakts- och skadeståndsrätt:

pö På denne måten viser vi att vi som samfunn tar avstand fra at menneskers
pö kunne kjøpes eller business as usual? En kommentar till två nordiska
prostitutionsinkomster . i J Kleineman (red.) , Pragmatism vs. principfasthet i nordisk
förmögenhetsrätt . Jure , s. 161-180 .

<http://hdl.handle.net/10138/336959>

unspecified

acceptedVersion

Downloaded from Helda, University of Helsinki institutional repository.

This is an electronic reprint of the original article.

This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

Please cite the original version.

Pragmatism inom nordisk kontrakts- och skadeståndsrätt: ”På denne måten viser vi att vi som samfunn tar avstand fra at menneskers kropp skal kunne kjøpes” – eller business as usual?

En kommentar till två nordiska rättsfall om prostitutionsinkomster

ELLEN EFTESTØL-WILHELMSSON*

1. Introduktion och frågeställning

Pragmatism är ett begrepp som används i många sammanhang för att beskriva ett nyttobetonat eller utilitaristisk förhållningssätt. Inom juridiken har begreppet pragmatism ofta använts för att beskriva en juridisk – eller rättsvetenskaplig – metod som skiljer sig från ett mer teoretiskt eller systematiskt förhållningssätt till juridiska frågor. Sverre Blandhols bok *Nordisk rettspragmatisme* (2005), är ett exempel på detta.¹ Boken låg till grund för seminariet ”Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt” som arrangerades vid Stockholm Centre for Commercial Law av Professor Jan Kleineman, 22–23 november 2018. Detta kapitel tar utgångspunkt i Blandhols bok och bygger på skribentens anförande på seminariet.

I Norden använder vi gärna begrepp som pragmatism eller realism för att beskriva det rättsvetenskapliga förhållningssätt som nordiska jurister känner

* Professor, Helsingfors och Oslo universitet.

¹ Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme: Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode* (First edition, DJØF Publishing 2005) Boken låg till grund för seminariet ”Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt” som arrangerades vid Stockholm Centre for Commercial Law av Professor Jan Kleineman, 22–23 november 2018. Detta kapitel tar utgångspunkt i Blandhols bok och bygger på författarens anförande på seminariet.

sig hemma i.² Pragmatismen kan analyseras såväl från ett vetenskapsteoretiskt som från ett mer praktiskt, metodiskt perspektiv. I båda fallen är den grundläggande frågan hur en jurist löser och inte minst, *bör* lösa, ett juridiskt problem. För den pragmatiska nordiska juristen är svaret att hen bör söka *den bästa möjliga lösningen, eller ett gott resultat*, inom ramen för det som är metodiskt hållbart, förstås. Men vad är det? En sådan fråga har inget enkelt svar. Redan perspektivet ställer till med problem: Skall det enskilda fallet vara avgörande, eller bör man avgöra frågan från en mera systematisk utgångspunkt? Och vilket perspektiv är det mest pragmatiska? I det följande analyseras två nordiska rättsfall om prostituerades rätt till skadestånd för förlorade inkomster med bakgrund i diskussionen om nordisk rettspragmatism (3). Först ges dock en liten introduktion till denna diskussion med utgångspunkt i Blandhols ovannämnda bok (2). Tillslut formuleras några slutsatser var också vissa europeiska synpunkter presenteras (4).

2. Diskussionen om nordisk rettspragmatism

2.1 Frågan om hur juridiska frågor bör lösas

Både från ett idéhistoriskt, och från ett praktiskt juridiskt perspektiv, är det viktigt att filosofera kring frågan om hur juridiska frågor *bör* lösas. Det är på sätt och vis all juridiks grundfråga och därför också en fråga som har sysselsatt filosofer och filosofiskt anlagda jurister genom alla tider. Varje generation måste ställa frågan på nytt. Schweigaards kritik på 1800-talet av Savignys systematiska begreppsjuridik, som presenteras i Blandhols bok,³ känns för en nordisk jurist i dag rätt självklar: Begreppen är enligt Schweigaard enbart vägledande. De får inte blandas ihop med verkligheten som ju inte är konstant, utan i ständig ändring.⁴ En dynamisk syn på verkligheten och juridiken representerade på Schweigaards tid ett brott med den rådande begrepps-juridiken eller formalismen. Fast det för den nordiska juristkåren (eller i alla fall för mig personligen) inte är svårt att anknyta till Schweigaards kritik, kan det vara bra att minnas att verklighetsuppfattningen varierar – även i dag – beroende på varifrån man blickar.

I Norge blossade det för några år sedan upp en häftig debatt om vem som äger ett aktiebolag. Professorn i civilrätt och experten i bolagsrätt, Beate Sjäf-

² David R Doublet and Jan F Bernt, *Retten og vitenskapen: En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi* (2. utg., Alma Mater 1993) s. 2.

³ Blandhol (n 1) kap. 3.

⁴ Om Schweigaards begreppsuppfattning, se ibid s. 244.

jell, vid universitetet i Oslo retade upp finansmannen, mångmillionären och ägaren av tidningen Kapital, Trygve Hegnar, då hon hävdade att aktieägarna inte äger bolaget utan att de, som aktieägare, enbart har vissa befogenheter i bolaget som aktieinnehavet berättigar till. Hegnar, som inte är jurist men nationalekonom, på sin sida undrade att om inte aktieägarna äger bolaget, vem äger det då?⁵ Beate Sjäffells uttalande är förstås juridiskt helt odiskutabelt i dagens läge; det är självklart att aktierna enbart ger innehavaren vissa rättigheter i bolaget.⁶ Debatten som höll på i veckor kändes därför något onödig. På sätt och vis hade ju båda rätt – det var ju bara en fråga om terminologi, eller begrepp. Den underliggande frågan om vad ett bolag är till för, och vad som är bolagets syfte kan dock ställa sig annorlunda beroende på vilken definition man väljer – är det ”ägarna” som bestämmer bolagets syfte, eller kan man tänka sig att andra ”intressen” också bör beaktas? Beate Sjäffells mål var – och är – att fundera ut nya hållbara modeller för bolag och bolagsfinansiering, och då kan en dynamisk förståelse av begreppet *äganderätt* vara nyttigt.⁷

Begreppet pragmatism påminner om begreppet realism. Båda begreppen används för att förklara hur man i Norden banade väg för en realistisk – eller pragmatisk syn på juridiken. Jämfört med den amerikanska pragmatismen var de nordiska rättsrealisterna dock mindre sysselsatta med att beskriva fenomen i rättsanvändningen genom empiriska studier, och mera sysselsatta med att göra kritiska och filosofiska analyser av rättsliga grundbegrepp.⁸ Vissa kritiker hävdar därför att de nordiska rättsrealisterna i själva verket inte var särskilt pragmatiska, utan rätt så fastmurade i gammalt system- och begreppstänkande.⁹ Moderna rättsteoretiker diskuterar därför nya teoretiska fundament för vår verksamhet – så som naturrätt eller systemteori eller någon form av postmodernitet. Det kan hävdas att postmodernitet och pragmatism inte är så olika, att postmodernism närmst kan räknas som en

⁵ Se Beate Sjäffell, ”Myten om aksjonæren som eier av selskapet”. Finansavisen torsdag 31 februari 2013.

⁶ Se till exempel den finska aktiebolagslagen 624/2006, var det framgår att ”Ett aktiebolag är en från aktieägarna fristående juridisk person som uppkommer genom registrering” 1–2 §. Vilka rättigheter innehav av aktier ger är särskilt reglerat i lagens 3 kapitel.

⁷ Sjäffells arbeten om hållbar marknads- och bolagsrätt började med doktorsavhandlingen ”Towards a Sustainable European Company Law: A Normative Analysis of the Objectives of EU Law” (Kluwer 2009). Hon har sedan publicerat flere böcker och artiklar kring ämnet. Sjäffell leder flera stora internationella forskningsprojekt och nätverk kring hållbarhetsfrågor: <https://www.jus.uio.no/ifp/english/people/aca/beatesj/>.

⁸ Doublet and Bernt (n 2).

⁹ Blandhol (n 1) s. 73.

form av pragmatism.¹⁰ Enligt Blandhol bör de två riktningarna dock inte blandas. Han hävdar att pragmatismen går längre än postmodernisterna i att söka praktiska lösningar hellre än ”sannhet og sikre utgangspunkter”.¹¹ Pragmatismen framställs som ett flexibelt verktyg som ger juristen möjlighet att ”gjennom en kombinasjon av teknikker og redskaper søke de best mulige løsninger på de problemer som melder seg”.¹² Blandhol beskriver pragmatismen med 10 olika nyckelord: Pragmatismen är 1) *antifundamentalistisk* och 2) *antiformalistisk*, den bygger på en 3) *retorisk språkuppfattning* och accepterar att det finns ”grader av visshet”. Pragmatismen är vidare 4) *problemorienterad*, 5) *erfarenhetsorienterad* och 6) *konsekvensorienterad*. Den bygger på en 7) *moderat skepticism* och är som etisk eller rättslig teori 8) *pluralistisk*, vilket leder till att den också är 9) *kontextuell* – det är med andra ord inte tillräckligt att fokusera på rättens interna relationer, utan rätten måste förstås som en del av samhället. Slutligen erkänner pragmatismen betydningen av 10) *stil*. Språket är inte ett ”neutralt” medium för tanken, utan språket används som medel för argumentation/retorik som betraktas som något mera än logiska slutsatser och bevis. Det är alltså inte bara vad man säger, men också hur det sägs som är av betydelse. Blandhol passar här på att ge en känga åt den nordiska rättsvetenskapen: ”...*det er normalt ingen estetisk nytelse å lese nordisk juss eller rettsteori. Noe av det beste har en viss effektiv enkelhet. Men mye er er preget av en nokså trøstesløs ensformighet og upersonlig saklighet*”.¹³ Här finns tydligen rum för förbättring!

2.2 Värderingars roll i argumentationen

Juridiken är dock ingen konst och inte matematik. För rättsanvändaren handlar det i sista hand om vilken metod som finns till hands för att undersöka intressanta juridiska frågor som uppstår, eller för att undersöka olika intressanta frågor kring juridik. Och då är vi tillbaka i ruta ett: Hur *bör* en jurist lösa ett juridiskt problem? De kritiserade nordiska realisterna hade svar på detta. Alf Ross’ prognosteorier som lanserades i boken ”Ret og redfærdighet” från 1953 och Tørstein Eckhoffs ”Rettskildelære” som publicerades första gången i 1971¹⁴ är fortfarande i användning. Fokus för båda var hur

¹⁰ Jørgen Dalberg-Larsen, *Pragmatisk retsteori* (Jurist- og Økonomforb. Forl 2001).

¹¹ Blandhol (n 1) s. 75.

¹² Ibid. s. 76.

¹³ Ibid. s. 60–71, citat s. 71.

¹⁴ Ross’ bok kom ut i ny upplaga i 1982: Alf Ross, *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (4. oplag, Nyt Nordisk Forlag 1982) och Tørstein Eckhoffs lærebok

domstolarna argumenterade. Eckhoff byggde sin rättskällelära på empiriska studier av rättsfall och noterade sedan vilka rättskällor som var relevanta, vilka som var tvingande etc. Eckhoff kvalificerar som pragmatisk jurist, då han använde "empiriska" metoder för att beskriva den juridiska metoden. Han har dock blivit kritiserad för att inte i tillräcklig grad diskuterar vetenskapsteoretiska problem. Jan Hellner skriver att "mycket av vad som i Sverige uppfattas som grundläggande metodproblem för rättsvetenskapen kommer helt i skymundan".¹⁵ När det gäller det som Hellner beskriver som "tillämpad metodlära" tycks det dock inte vara så stora meningsskillnader. När rättskällorna inte ger vägledning måste rättstillämparen, enligt Hellner göra en så kallad "fri bedömning"¹⁶ som trots allt inte är så olik Eckhoffs reala hänsyn. Båda bygger på praxis och värderingar av olika slag.¹⁷

Det att reala hänsyn eller resultatets godhet/värderingar erkänns som ett giltigt argument i den juridiska argumentationen är kanske det som bäst karakteriserar den nordiska realismen eller pragmatismen, och som just gör det möjligt att "genom en kombinasjon av teknikker og redskaper søke de best mulige løsninger på de problemer som melder seg".¹⁸

Problemet är att det inte finns *ett* svar på vad som är "de best mulige løsninger på de problemer som melder seg". Åtminstone parterna i en tvist är oense om det. Finns det likväl ett "riktigt" svar på en juridisk svår fråga? Vi känner igen frågeställningen från frågor kring *förhållandet mellan rättspositivismen och naturrätten*. Samt från diskussionen om rättsdogmatikens objektivitet. Rättspositivisterna ser rätten som ett uttryck för den styrande maktens vilja. Det är denna som genom sin lagstiftande makt utformar rättsreglerna. Domstolarna skall "vara munnen som uttalar lovgivarens vilja" som Montesquieu sade.¹⁹ Genom att fokusera på lagstiftarens vilja undviker vi att den enskilda rättsanvändarens egna värderingar får för stort inflytande. En enhetlig riktning i rättsanvändningen säkrar också värden som förutsägbarhet och jämlikhet. Men vi vet ju alla att den styrande maktens vilja ibland kan gå på tvärs av mera allmängiltiga regler. Att juridisk rätt och moralisk

"Rettskildelære" kom ut i en 6:e upplaga i 2016, uppdaterad av Jan E. Helgesen: Torstein Eckhoff ved Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* (Universitetsforlaget 2016).

¹⁵ Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt* (Jure 2001) s. 190.

¹⁶ Ibid. s. 216.

¹⁷ Ibid. s. 217.

¹⁸ Blandhol (n 1) s. 76.

¹⁹ Doublet and Bernt (n 2) s. 107 flg.

rätt inte alltid är det samma.²⁰ Oberoende kommer vi inte undan frågan om förhållandet mellan juridik och politik. Som ett exempel hänvisar *Bernt og Doublet* till en i år 1965 publicerad artikel skriven av historikern *Jens Arup Seip*. Titeln var "Hysterett som politisk organ".²¹ Seip kritiserade starkt juristernas oförmåga att erkänna att de (vi) också bedriver politisk verksamhet. Man låtsas göra en normativ slutning – objektiv och oberoende av egna preferenser – men i verkligheten avspeglar beslutet domarens politiska uppfattning. Svaret på kritiken är att juridiken nödvändigtvis måste ge rum för värderingar eller "skjønn". Jurister uppfattar dock inte detta som politik då de värdebaserade frågor det gäller ofta tas inom ramarna för "en bred faglig enighet". Som *Bernt och Doublet* skriver är detta möjligt då "det eksisterer et bredt verdifellesskap i befolkningen som de faglige vurderinger kan ta utgangspunkt i".²² Men krätsen av de som bör vara eniga kan också begränsas till de som tillhör vad som av *Aulis Aarnio* beskrivs som det upplysta auditorium, som Aarnio använder som metafor för vetenskapssamhället eller juristkåren.²³ Detta betyder dock inte att jurister alltid är sams om vad som är ett gott resultat i enskilda fall. Som *Aleksander Peczenik* framhåller måste vi erkänna att det ligger ett element av värderingar i all juridik – att det inte finns något "ett rätt svar" i svåra frågor, men att den juridiska metoden ändå innehåller ganska stränga krav angående bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder som skyddar mot villkorlighet och därmed är förenligt med rättssäkerhetskraven. Han hävdar att "den relativa rättssäkerheten" som juridisk metod erbjuder räcker till.²⁴

3. Pragmatism i praxis

3.1 Två nordiska rättsfall om prostitutionsinkomster

Hur ter sig då detta mer konkret inom den nordiska kontrakts- och skadeståndsrätten? Har Peczenik rätt i att det ligger ett element av värderingar i

²⁰ I Sverige har Torbjörn Ingvarsson publicerat flera artiklar om förhållandet mellan rätt och moral. Se tex. Torbjörn Ingvarsson, 'Ogiltighet och moralens eviga återkomst' i Andersen, Mads Bryde, Bärlund, Johan, Flodgren, Boel och Giertsen, Johan (ed), *Aftaleloven 100 år*, Köbenhavn 2015, kap. 13.

²¹ Seip, Jens Arup, 'Hysterett som politisk organ' Lov og Rett 1965, s. 1–21.

²² Doublet and Bernt (n 2) s. 159.

²³ Aulis Aarnio, *The rational as reasonable: A treatise on legal justification* (Law and philosophy library, Reidel 1987), kap. IV: The Acceptability of Interpretative Statement.

²⁴ Aleksander Peczenik, *Vad är rätt?: Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* (Institutet för rättsvetenskaplig forskning vol. 156, Fritzes 1995) s. 698.

all juridik – att det inte finns något ”ett rätt svar” i svåra frågor, men att den juridiska metoden ändå innehåller ganska stränga krav om bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder som skyddar mot villkorlighet och därmed är förenligt med rättssäkerhetskraven? Frågan diskuteras genom att analysera hur högsta dömande instans i två av våra nordiska länder, Finland och Norge, går tillväga när frågor i kontrakts- och skadeståndsrättens yttergränser skall lösas. Eftersom norska Høyesterett (NHR) diskuterar substansfrågorna i större bredd än finska Högsta Domstolen (FHD), lämnas mera utrymme för analys av det norska rättsfallet. Jag har valt rättsfall som gäller kontrakts- och skadeståndskrav inom ett område som är ”politiskt” och ingalunda ”värdeneutralt”. Fallen anknyter till ekonomiska förluster i förbindelse med prostitution eller sexköp. I de två relativt nya avgöranden (HD 2005:72 och HR-2017-2352-A) har FHD och NHR båda beslutat att ekonomiska krav som har att göra med prostitutionsavtal inte skyddas av rättsordningen. I det finska fallet är det klart att resultatet bygger på att avtalet inkomsterna bygger på strider mot god sed eller ”ärbarhet”, i det norska fallet är den juridiska argumentationen något mera komplicerad och frågan om sed eller ”ärbarhet” kommer inte på sin spets. I båda fallen var det omröstning. I det finska fallet föll rösterna 2-2-1 och i det norska fallet 3-2.²⁵

Omröstningsfall som gäller frågor om moral och ärbarhet kan väl användas för att belysa hur den nordiska realismen/pragmatismen står sig i svåra frågor. Blir det bara relativism eller innehåller vår juridiska metod ändå sådana krav till bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder att den skyddar mot villkorlighet och därmed är förenligt med rättssäkerhetskraven?

²⁵ De två rättsfallen har tidigare behandlats på det vid Helsingfors universitet nygrundade Forum för civil- och handelsrätts öppningsseminarium i maj 2018. Professor Lena Sisula-Tulokas, Vicehäradshövding, tidigare MP Astrid Thors och undertecknade inledde om ämnet. Föredraget är publicerat som: Efestöl-Wilhelmsson, Ellen, Sisula-Tulokas, Lena och Thors, Astrid, 'Har prostitutionsinkomster skadeståndsrättsligt skydd? En kommentar till två nordiska HD-fall' [2018] Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, JFT 473-489. Se också Hagland, Birgitte:s grundliga redogörelse för det norska fallet 'Om erstatningsrättslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2018-2352-A) Dissens 3-2' i Nytt i privatretten nr. 1/2018 s. 5–10 och Ørjasæter, Jo och Bergsjø, Håkon:s något mera kritiska 'Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrättslig vern' i Jussen Venner vol 53 s. 329–345, samt Eidissen, Stig: Kortvarig tap av prostitusjonsinntekter og erstatningsrättslig vern. En kommentar til HR-2017-2352-A, Lov og Rett 03/2019 s. 133–145.

3.2 Det finska fallet: Prostitutionsavtal strider mot god sed

I det finska fallet²⁶ var frågan om en prostituerad, som krävde skadestånd av finska staten för förlorade arbetsinkomster som följd av att hon hade suttit olagligt häktad, skulle beviljas besvärstillstånd till FHD då lägre rättsinstanser hade avvisat kravet som ”uppenbart ogrundat”. Vid bedömningen av fallet var utgångspunkten lagen om ersättning av statens medel till oskyldigt häktad eller dömd.²⁷ Enligt denna lag skall staten betala gottgörelse bl.a. för minskning i inkomst och för lidande till en person som blivit oskyldigt häktad. Den prostituerade hade varit oskyldigt häktad i 51 dagar i samband med utredningen av en större kopplerihärva. Ersättning för lidande betalades i normal ordning, men yrkandet på skadestånd för minskning i inkomst avvisades. Tingsrätten fann att det stred mot Finlands rättsordning att utlova belöning för sextjänster. De sagda rättshandlingarna var därför ogiltiga. Ett ersättningsyrkande för inkomstbortfall för verksamhet som stred mot god sed grundade sig på en ogiltig rättshandling och yrkandet var sålunda uppenbart ogrundat. FHD var enig i detta och beslöt, dock efter omröstning 2-2-1 (4-1), att prostitutionsinkomster härstammar från avtal som strider mot god sed och att sådana avtal inte skyddas av rättsordningen trots att de inte är olagliga. Käromålet var därmed uppenbart ogrundat och kunde förkastas utan stämning.

En ledamot var av annan åsikt. Det var i synnerhet processrättsliga principer som drogs fram. Utgångspunkten var den finska grundlagen 21 § 2 mom. enligt vilken en av garantierna för en rättvis rättegång är rätten att få ett motiverat beslut. HD visade här också till Europadomstolens praxis. Vidare betonades att käromålet inte gällde A:s betalningskrav mot en kund, utan A:s krav mot staten med stöd av lagen om ersättning till oskyldigt häktad eller dömd. Inte heller med beaktande av finsk beskattningspraxis kunde kravet anses vara uppenbart ogrundat. På de grunder som angivits i tingsrätten fanns det inte skäl att förkasta käromålet utan givande av stämning. Den avvikande ledamotens slutsats var att målet skulle återförvisas till tingsrätten som på eget initiativ ska ta upp målet till lagenlig behandling. FHD var ganska kortfattade gällande motiveringen till att prostitutionsavtal strider mot god sed, men nöjde sig med en hänvisning till praxis och doktrin.

²⁶ Framställningen baserar sig på Lenas Sisula-Tulokas presentation av fallet i ovannämnde artikel.

²⁷ Lagen om ersättning av statens medel som till följd av frihetsberövande skall betalas till oskyldigt häktad eller dömd 422/1974 § 4.

Majoriteten byggde sitt beslut på regeln om att avtal som strider mot god sed inte skyddas av rättsordningen. Det var för majoriteten ingen tvekan om att prostitutionsavtal enligt finsk rätt räknas som avtal mot god sed och därmed var resultatet ”uppenbart”. Värdefrågan – om hur man bedömer prostitutionsavtal – var juridiskt klar, och domstolen behövde därför inte diskutera denna. Den avvikande domaren tog fasta på en processuell grundrättighet – rätten till ett motiverat beslut, som är en annan viktig fråga, men som inte direkt berör hur man ser på prostitutionsavtal. Huruvida det var ett gott eller dåligt resultat att den prostituerade inte fick skadestånd för förlorade inkomster, diskuterades därför inte överhuvudtaget, domstolen tog enbart ställning till den processuella frågan.

3.3 Det norska fallet: Prostitutionsinkomster (från en kort period) omfattas inte av skadeståndslagen

3.3.1 Frågan

Norsk Høyesterett (NHR) fick frågan om osedliga avtal eller yrkanden som inte skyddas av rättsordningen till prövning i ett fall från 2017. I fallet var det frågan om åtta prostituerade som hade blivit rånade och som i samband med straffsaken yrkade på skadestånd då de inte hade kunnat sälja sex i en kort period (två veckor) efter rånen pga. skador och trauman som rånen hade påfört dem. *Tingretten* beslöt att kvinnorna inte kunde få skadestånd då inkomstförlusten var av en sådan karaktär att den inte skyddades av rättsordningen. Det var den norska motsvarigheten till regeln om avtal som strider mot god sed som tillämpades. Det följer i Norge av Kristian 5s Norske Lov (NL) 5-1-2 att avtal som strider mot ”ærbarhet” är ogiltiga.²⁸ Eftersom det inte blev något skadestånd i *Tingretten* yrkade de prostituerade på en ny prövning i *Lagmannsretten*. Borgarting lagmannsrett tyckte att inkomsterna hade skadeståndsrättsligt värn, men att det var osannolikt att kvinnorna skulle ha en inkomstförlust om 50 000 norska kronor på två veckor och sänkte summan till 15 000 norska kronor. Uppskattad inkomst var alltså 30 000 norska kronor per månad. Alla parter yrkade på prövning i NHR. Våldsmännen för att de måste betala skadestånd, och kvinnorna för att det

²⁸ LOV-1687-04-15 Kristian 5.s Norske Lov, (NL) 5-1-2 ”Alle Contracter som frivilligen gøris af dennem, der ere Myndige, og komme til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.”

utdömda skadeståndet var för lågt. NHR delade sig 3-2 i frågan: Tre domare röstade mot att kravet hade skadeståndsrättsligt värn, medan två domare röstade för och tyckte alltså att kvinnorna borde få skadestånd. Båda fraktioner tar utgångspunkt i lagen – som enligt nordisk rättskällelära är högst uppe i normhierarkin. Norska skadeståndslagen definierar inte vilka skador som har skadeståndsrättsligt skydd. Huvudfrågan var därför om prostitutionsinkomster överhuvudtaget ingår i begreppet skada som har ”erstatningsrättslig värn”.²⁹

3.3.2 Majoritetens argumentation: prostituerade (som grupp) skyddas bäst om prostitutionsinkomster inte ges skadeståndsrättsligt skydd

Enligt majoriteten måste svaret sökas genom en ”bred helhetsvurdering”³⁰. I denna ”helhetsvurdering” ingår hänsynen till de skadelidande på den ena sidan, och hänsynen till samhället på den andra sidan. Det blir med andra ord en avvägning av de reala hänsynen eller resultatets godhet, som skall avgöra målet. Majoriteten börjar med att begränsa följderna av beslutet – det är här enbart fråga om inkomstförluster i två veckor, hänsynen till skadelidande kunde väga tyngre om det vore frågan om ett längre inkomstbortfall.³¹

I den konkreta bedömningen av om ett skadeståndskrav för förlorade prostitutionsinkomster förtjänar rättsordningens skydd tar NHR:s majoritet utgångspunkt i hur prostitution som sådan värderas av rättsordningen. En isolerad skadeståndsrättslig analys räcker inte för prövningen som skall göras efter en avvägning av ”hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt”.³² NHR:s majoritet går noggrant genom den straffrättsliga bedömningen av prostitution och lägger stor vikt vid det faktum att *köp* av sexuella tjänster är förbjudet enligt norsk rätt. Kriminaliseringen ägde rum i 2009 och reglerna finns nu i strafflagens 26 kapitel 316 §.³³ Försäljning av sexuella tjänster är dock tillåten och att sälja sex anses inte som medverkan till det brott som köp av sex är. Medverkan till straffbara handlingar är annars straffbart. Det är inte bara köp av sex som är straffbart, det är också straffbart att hyra ut lokaler till prostitution (och det är inte ett villkor att hyresvärden

²⁹ NHR pkt. 36.

³⁰ Ibid. pkt. 37.

³¹ Ibid. pkt. 38.

³² Ibid. pkt. 37.

³³ Kap. 26 om seksuallovbrudd infogades i strafflagen ved lag 74/2009. Enligt 316 § straffas ”Kjøp av seksuelle tjenester fra voksne” med böter eller fängelse.

vet att det pågår prostitution i lokalen). Dessutom är det också i Norge straffbart att bedriva koppleri.

Kriminalisering av sexköp i Norge bygger på *två hänsyn*: För det första vill man i Norge komma åt den *internationella människohandeln* som ofta ligger bakom prostitutionsverksamheten. Den norska lagstiftarens bedömning är här annorlunda än den finska, eftersom man i Norge varit av den åsikten att ett generellt förbud behövs för att komma åt sexköp från offer för människohandel. För det andra anser man i Norge att ett generellt förbud mot sexköp är ett bra *verktyg för att ändra hållningar*, reducera efterfrågan och därmed marknaden för prostitution. Man räknar med att ett förbud mot sexköp kan påverka sexköparnas medvetenhet. I förarbetena till strafflagen uttalas ”*På denne måten viser vi at vi som samfunn tar avstand fra at menneskers kropp skal kunne kjøpes*”.³⁴ De straffrättsliga reglerna är utformade med tanke på den prostituerades skyddsbehov. Enligt majoriteten i NHR talar detta mot att förlorade framtida inkomster från prostitution skall ha ett skadeståndsrättsligt värn.³⁵ Tankegången är att för att tjäna in de pengar som de prostituerade kräver skadestånd för måste de prostituerade begå handlingar som är icke-önskade från samhällets sida. Genom att ge skadestånd för förlorade inkomster från sådana handlingar stöder skadeståndsrätten en verksamhet som samhället annars försöker bli av med. Att själva försäljningen inte är straffbar är alltså inte för att verksamheten är accepterad, men för att reglerna är utformade för att skydda den prostituerade. Det spelar med andra ord ingen roll att skadeståndskravet inte riktar sig direkt mot ett olagligt eller stötande avtal (NL 5-1-2); förutsättningen för kravet är i alla fall att ett sådant avtal måste ingås. I och med att köp av sex är olagligt i Norge, måste den som köper tjänsten ingå ett olagligt avtal. Majoriteten behöver därför inte ta ställning till om prostitutionsavtal strider mot ”ärbarhet” eller god sed då avtalet enligt majoriteten är ogiltigt pga. sin olagliga karaktär. På denna punkt talar sammanhangen i rättssystemet emot ett skadeståndsrättsligt värn av prostitutionsinkomsterna.³⁶

De systembaserade motargumenten – att försäljningsdelen av prostitutionsavtalet inte är kriminaliserat, att prostitutionsinkomster är skattepliktiga, att den skadelidande skulle kunna ha behov för pengarna eller att det

³⁴ Ot.prp. nr. 48 Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.) (2007–2008) s. 14.

³⁵ NHR pkt. 51.

³⁶ Ibid. pkt. 51.

känns oskäligt³⁷ att skadevällarna inte måste betala skadestånd för sitt brott – går domstolens majoritet ganska snabbt igenom. Dels nämns att skatterätten bygger på andra hänsyn än skadeståndsrätten,³⁸ dels att det i praktiken inte betalas skatt för prostitutionsinkomster. När det gäller *skadelidandes behov av pengarna* betonar domstolen att inkomstförlusten gäller en tidsperiod om två veckor, medan utbetalningen av skadeståndet kommer att ta mycket längre tid, därför att det är olika offentliga garantiordningar som kommer att stå för utbetalningen. Om inkomstförlusten skulle gälla en längre period, kunde resultatet dock bli annorlunda.³⁹

Den konkreta skäligheten överskuggas här av de mera principiella skälighetshänsynen. Majoriteten bedömer att skadestånd i en enskild sak har liten vikt gentemot samhällets samlade insatser för att hjälpa och stöda de prostituerade. Hänsynen till skadeståndets individuella reparativa funktion måste därför ge vika för hänsynen till de prostituerade som grupp. Undersökningar visar att sexköpsförbudet har en inverkan och att ”folk flest har fått et mer negativt syn på kjøp av sex”. Köp av sex har i Norge reducerats med 20–25 % i förhållande till innan förbudet, och med 45 % om man jämför med hur det skulle ha varit om sexköp inte hade kriminaliserats.⁴⁰ Tankegången är att skadeståndsrätten måste stöda motiveringen bakom den straffrättsliga konstruktionen i norsk rätt, som är att avskaffa sexköp och skydda de prostituerade som grupp. Detta uppnås bäst genom att inte utdöma skadestånd för framtida inkomstförluster, trots att individuella prostituerade måste ”betala priset” för systemet, så att säga.⁴¹ Beslutet är i stor grad gjord på basen av värderingar, eller reelle hänsyn, men det är inte domarnas egna värderingar som (åtminstone direkt) kommer till uttryck – det majoriteten försöker göra är att fatta ett beslut som stämmer överens med den syn lagstif-taren har på prostitution i dag, så som den har kommit till uttryck genom den straffrättsliga regleringen. Den grundläggande frågan är om de förlorade prostitutionsinkomsterna bör ha rättsordningens skydd. För majoriteten er svaret nej; ett skadeståndskrav kan inte byggas på olagliga handlingar/krav. Samhällsintresset i att bli av med prostitution väger tyngre än de prostituera-

³⁷ Ibid. pkt. 52.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. pkt. 74.

⁴⁰ Rapport 2014/30 från Vista Analyse om ”Evaluerings av forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester”, ibid. pkt. 57.

⁴¹ NHR pkt. 56.

des individuella behov av skydd, som i det konkreta fallet också annars väger lite, då inkomstförlusten omfattar enbart två veckors arbete.

3.3.3 *Minoritetens argumentation: De prostituerade skyddas bäst om de får skadestånd för förlorade prostitutionsinkomster*

Två domare kom likväl till att de prostituerade borde få skadestånd för de förlorade inkomsterna. Det är dock värt att märka att de två domarna med avvikande mening var eniga med majoriteten i att prostitution ”anses uønsket i vårt samfunn”.⁴² Osämjan rör sig alltså enbart om huruvida det att bevilja skadestånd i det *konkreta fallet* bidrar till att stöda prostitution eller inte. Minoriteten slår fast att skadeståndet inte tvingar någon till olagligt handlande, det förutsätter inte heller att sådana handlingar skall äga rum. Det enda som kommer att hända är att det görs en hypotetisk ekonomisk beräkning av ett hypotetiskt händelseförlopp.⁴³ I tillägg till att ha en annan åsikt än majoriteten i bedömningen av skadeståndets inverkan på samhällets hållningar till prostitution, har minoriteten en annan syn på den juridiska analysen av skadeståndslagen. När majoriteten tyckte att frågan är om prostitutionsinkomster är inkomster som förtjänar rättsordningens skydd och som därför ingår i gruppen av inkomster som har krav på skadeståndsrättsligt skydd, är minoriteten av åsikten att utgångspunkten är att alla ekonomiska förluster har skadeståndsrättsligt skydd. I vissa fall kan man göra undantag från detta, men det kräver, enligt minoriteten, en särskilt motivering.⁴⁴ Minoriteten tycker dock att en sådan motivering måste hämtas från annan reglering. Hänsynen till harmoni i rättssystemet väger med andra ord tungt för båda fraktioner i NHR. Det är dock inte de straffrättsliga reglerna minoriteten tar fasta på. Minoriteten lägger mera vikt på den ekonomiska regleringen av prostitution: Om man först accepterar att prostitutionsinkomster är lagliga – och att den prostituerade till exempel måste betala skatt för dessa – så borde inkomsten också vara skadeståndsrättsligt skyddad: ”...[I]nnækt fra prostitusjon er lovlig inntekt på den prostituertes hånd. Inntekten kan ikke inndras av myndighetene, og den er, som andre inntekter, undergitt skatte- og avgiftsplikt. Mitt syn er da at *sammenhengen* i lovgivningen tilsier at tap av denne inntekten må kunne kreves erstattet av en skadevolder. Aksepteres inntekten, er det grunn til også å akseptere tapet av den. Mitt syn

⁴² Ibid. pkt.74.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid. pkt. 67.

er dessuten at denne lovgivningen bygger på en grunntanke om at de prostituerets rettsstilling ikke skal rammes av at andre begår lovbrudd i forbindelse med at prostitusjonen foregår.”⁴⁵

Skyddet av de prostituerade är viktigt också för minoriteten, men den lägger större vikt vid skyddet av den prostituerade som individ än vid arbetet för att bli av med prostitution som sådant. Grundtanken bakom skyddsreglerna är att den prostituerade inte skall drabbas av att andra begår brott i samband med prostitution. Att det är straffbart att köpa sex är enligt minoriteten inget argument för att den prostituerade inte skall få skadestånd.⁴⁶ Inte heller förbudet mot avtal som strider mot ”ärbarhet”/god sed i NL-5-1-2 ger någon vägledning, snarare tvärtom. Om man ser på prostituerades situation i dag, så är politiken (och reglerna) baserade på en tankegång om att prostituerade är en grupp som behöver samhällets stöd. Det moraliska fördömandet riktar sig med andra ord inte mot de prostituerade, men mot kunderna. Gällande kunderna så är kritiken mot dessa förstärkt. Ändringarna i strafflagen har bidragit till att män, och i synnerhet unga, har en mer negativ syn på köp av sex. Det att tilldela de prostituerade skadestånd för förlorade inkomster ”föyer seg inn i denne utviklingen” säger minoriteten.⁴⁷ Om de prostituerade inte får skadestånd, blir konsekvensen att de prostituerade får ett sämre rättsligt skydd än andra människor och det kan bidra till att öka deras otrygghet. Skyddsbehovet talar alltså för att ge de prostituerade skadestånd. Minoriteten tror med andra ord inte att den allmänna bedömningen av prostitution blir mera positiv av att prostituerade som har blivit utsatta för våld får sin inkomstförlust ersatt av skadevållaren.

4. Slutsatser

4.1 Värdefrågan döljs i en rättslig diskurs

Båda rättsfallen är intressanta därför att de så tydligt tar ställning i värdefrågor som det inte finns något klart svar på. Hur behandlar man prostitution från ett förmögenhetsrättsligt perspektiv? Inkomsterna är lagliga och skall beskattas. Likväl får de häktade (Finland) eller misshandlade (Norge) prostituerade inte skadestånd för förlorade inkomster, trots att alla ”normala” villkor för skadestånd torde vara uppfyllda. Det enda som kvarstår är den grundlägg-

⁴⁵ Ibid. pkt. 70.

⁴⁶ Ibid. pkt. 71.

⁴⁷ Ibid. pkt. 74.

gande frågan om prostitutionsinkomster är annorlunda, om förlust av dessa "har interessevern", och alltså skyddas av skadeståndslagen. I det norska rättsfallet är det klart att de två fraktionerna har helt olika syn på vad som är ett gott resultat i denna fråga. Ingen av fraktionerna skriver dock ut något som: "Frågan är oklar, jag tycker att det bästa resultatet är X." I stället använder sig domarna av det Blandhol beskriver som "en kombinasjon av tekniker og redskaper" för att hitta "de best mulige løsninger på de problemer som melder seg".⁴⁸ Det är denna teknik vi gärna hänvisar till *som juridisk metod* som med sina "...ganska stränga krav till bestämda data, exakta begrepp och kontrollerbara arbetsmetoder skyddar mot villkorlighet".⁴⁹ I svåra frågor är denna "relativa rättssäkerheten"⁵⁰ det bästa systemet kan erbjuda. Rättssäkerheten ligger i att det rättsliga beslutet görs på basen av accepterade argument, eller rättskällefaktorer. Relativiteten som måste accepteras avspeglar att avvägningar ingår i all rättslig praxis. I omröstningsfall blir detta särskilt tydligt. Domarna har olika syn på hur avvägningarna skall göras, något som sannolikt hänger i hop med domarens syn på vad som är ett gott resultat. De reala hänsynen ingår ju inte enbart som ett skilt argument, men påverkar hela den juridiska analysen. Detta är accepterat, men enbart om resultatet är väl motiverat, eller som Aarnio påpekar, enbart om metoden kan godkännas av den grupp av personer som ingår i "det upplysta auditoriet".⁵¹ Läser man olika rättsfallskommentarer är det motiveringen som diskuteras, fast syftet är att komma åt resultatet, som sällan angrips direkt. Se till exempel Ørjasæter och Bergsjø var det framgår att författarna "sammenligner flertallet og mindretallets ulike metodiske tilnærminger" samt att författarna är "kritiske till flertallets begrunnelse".⁵² Titeln på artikeln "Uten en tråd" avspeglar också detta. Är det de prostituerade eller majoritetens motivering i rättsfallet som är utan en (röd) tråd?

I NHR formuleras kärnfrågan om huruvida prostitutionsinkomster har skadeståndsrättsligt skydd till en avvägning av hänsynen till de skadelidande (i att få ekonomisk kompensation) på den ena sidan och samhällets intressen (i att bli av med prostitution som fenomen) på den andra sidan. Som ovan framgått bedömer majoriteten och minoriteten frågan olika. Argumenten som används är de samma (skadeståndsrättslig utgångspunkt, samhällelig

⁴⁸ Blandhol (n1) s. 76.

⁴⁹ Peczenik (n 24) s. 699.

⁵⁰ Ibid. s. 698.

⁵¹ Aarnio (n 23).

⁵² Ørjasæter och Bergsjø (n 30) s. 329.

betydelse, skyddsbehov, sammanhang i rättssystemet) men avvägningarna faller för det mesta ut olika. Hur den norska dualmodellen för kriminalisering av sexköp används i argumenteringen är illustrerande: Majoriteten betonar att sexköp är olagligt "Når salg av seksuelle tjenester ikke er straffbart, er det av hensyn til de prostituerte selv, som anses for å være en svak og utsatt gruppe,"⁵³ medan minoriteten lägger vikt vid att försäljning av sex är lagligt: "...[I]nnpekt fra prostitusjon er lovlig inntekt på den prostituerte's hånd ... Aksepterer inntekten, er det grunn til også å akseptere tapet av den."⁵⁴ Båda fraktioner söker ett gott resultat, men när samhällsintressen och de individuella intressena inte drar i samma riktning, åtminstone så som majoriteten i NHR ser det, blir det en fråga om vilka intressen som väger tyngst. Det är en inte ovanlig frågeställning för domare. I motsättning till sina finska kolleger, som ju inte kunde pröva frågan om prostitutionsavtal strider mot god sed – då vore lösningen ju inte "uppenbar" – lyfter de norska domarna upp de reella argumenten som framförs både för och emot det valda resultatet.

Med en pragmatisk terminologi kan man säga att de norska domarna är både problem- och konsekvensorienterade i sin tillnärmning. Rättsfallen visar att domarna bygger sin argumentation på en moderat skepticism (också motargumenten lyfts fram). Både etiska och rättsliga argument ges utrymme. Argumentationen är med andra ord pluralistisk och inte minst kontextuell. Men, det är ingen enighet om vilken kontext som är den rätta och det är kontexten som avgör hur resultatets godhet – de reala hänsynen – bedöms.

För majoriteten i NHR är samhällets önskan om att bli av med prostitution som sådan väsentlig, de isolerade skadeståndsrättsliga argumenten får mindre vikt. Dessa argument är igen avgörande för minoriteten som nog håller med om att den samhälleliga kontexten är relevant och att prostitution inte är önskvärd. Väsentligt för minoriteten är att den inte ser någon konflikt mellan samhällets önskan om att bli av med prostitution, och beviljandet av skadestånd för förlorade prostitutionsinkomster i det konkreta fallet: "For meg er det imidlertid vesentlig at det å tilkjenne erstatning som krevd, ikke i seg selv bidrar til å fremme prostitusjon."⁵⁵ Frågan är med andra ord inte vilket resultat som bäst bidrar till att avveckla prostitution, det räcker att domen inte bidrar till att främja prostitution. För minoriteten är den avgörande kontexten den skadeståndsrättsliga. Rent skadeståndsrättsliga betraktningar, och i synnerhet hänsynen till de skadelidande, avgör: "De prostituerte vil få en

⁵³ NHR pkt. 50.

⁵⁴ Ibid. pkt. 70.

⁵⁵ Ibid. pkt. 74.

form for beskyttelse – en rettsbeskyttelse – dersom unntak ikke gjøres fra skadepåstandernes plikt til å erstatte deres ervervstap (*hänsynen till de skadelidande*). Prostituerte er særlig utsatt for vold og annen utnyttning fra kunder, bakmenn og andre, noe denne saken er et eksempel på (*graden av risk*). Skulle tapte prostitusjonsinntekter mangle erstatningsrettslig vern, blir konsekvensene av å skade prostituerte færre enn av å skade andre (*skadeståndets preventiva effekt*). Det kan, som førstvoterende nevner, bidra til å øke deres utrygghet (*hänsynen till de skadelidande*). For meg står derfor hensynet til denne gruppens særlige behov for rettsvern sentralt (*hänsynen till de skadelidande*). Det tilsier at deres inntektstap har samme erstatningsrettslig vern som andres inntektstap (*likabehandling*).⁵⁶ Emedan majoriteten tycker att ett gott resultat bidrar till att avveckla prostitution som sådant, menar minoriteten alltså att ett gott resultat innebär att de prostituerade får ett skadeståndsrättsligt skydd på samma villkor som andra skadelidande.

En fråga som *inte* diskuteras (öppet) i det norska fallet är den – för mig – uppenbart avgörande värderingsfrågan; om prostitutionsavtal strider mot god sed eller ærbarhet (NL 5-1-2). Majoriteten kommer till att prostitutionsavtal är olagliga, så den behöver inte ta ställning till om avtalet också strider mot god sed.⁵⁷ Det är dock intressant att inte heller minoriteten tycker att denna fråga behöver diskuteras: ”Det er for meg ikke nødvendig å ta standpunkt til rekkevidden av NL 5-1-2. Den gir ikke noe entydig svar på hvilket rettsvern den prostituerte i dag har i avtalesituasjonen. Jeg kan uansett ikke se at den regelen gir en begrunnelse for at tapte prostitusjonsinntekter er unntatt fra erstatningsrettslig vern.”⁵⁸

De två nordiska domstolarna behandlar med andra ord frågan om prostitutionsavtal strider mot god sed helt olika: I Finland är det för majoriteten alldeles klart att prostitutionsavtal strider mot god sed, emedan åtminstone en domare tycker att frågan bör prövas. I Norge undviker båda fraktioner att ta ställning till den svåra frågan. Majoriteten har redan konstaterat att avtalet är olagligt, varför den inte behöver diskutera om avtalet strider mot god sed. Minoriteten hävdar däremot att frågan inte är relevant, något som måste bero på minoritetens syn på huruvida ett prostitutionsavtal måste ingås för att skadestånd skall betalas: ”Erstatningen tvinger ikke igjennom noen prostitusjonshandling, og den forutsetter heller ikke at en slik handling skal finne sted. Det eneste som vil skje, er at det gjøres en økonomisk beregning

⁵⁶ Ibid. pkt 75. Mina kommentarer om skadeståndsrättsliga hänsyn i kursiv.

⁵⁷ Ibid. pkt. 51.

⁵⁸ Ibid. pkt. 72.

av et hypotetisk hendelsesforløp.”⁵⁹ Minoriteten vælger alltså att se på skadeståndskravet för de förlorade prostitutionsinkomsterna som ett vilket som helst annat ekonomiskt krav, som varken är olagligt eller osedligt. Avgörande blir hänsynen till de prostituerades rätt till skadestånd för sina förluster, och att de som vållat skadan blir ansvariga.

4.2 Är prostitution affärsverksamhet – en tjänst som vilken annan tjänst?

NHR:s minoritet uttalar att den håller med om att samhällets mål är att bli av med prostitution som verksamhet. Men, så länge verksamheten är laglig (och här räcker det med delvis laglig) ser inte minoriteten någon anledning att behandla verksamheten annorlunda än annan ekonomisk verksamhet. Synpunkten är i linje med hur prostitution betraktas i inom den Europeiska Unionen (EU). I EU-rätten ses prostitution som affärsverksamhet, dock inte som en vilken som helst affärsverksamhet. Den Europeiska Unionens Domstol (EUD) har slagit fast att prostitution som egenföretagarverksamhet kan anses vara en *tjänst* som tillhandahålls mot vederlag och som därför omfattas av den fria etableringsrätten.⁶⁰ Den som tillhandahåller tjänsten måste dock bedriva prostitutionen på vissa villkor; 1) utan att vara i underordnad ställning när det gäller valet av verksamhet och arbets- och lönevillkor, 2) på eget ansvar, och 3) mot betalning som i sin helhet och direkt utges till den prostituerade.⁶¹

Tjänstedirektivet av 2006 är enligt detta tillämpligt på prostitutionsverksamhet.⁶² Enligt direktivet får tjänsteleverantörer fritt etablera sig inom unionen. Medlemsstaterna kan enbart kräva tillstånd i vissa situationer, som till exempel om den ifrågavarande verksamheten strider mot *det allmänna intresset*. Tillståndsvillkoren får inte vara diskriminerande, de skall dessutom vara bland annat proportionella och objektiva.⁶³ I två förenade mål tog EUD

⁵⁹ Ibid. pkt. 74.

⁶⁰ Aldona Malgorzata Jany m.fl. mot Staatssecretaris van Justitie, mål C-268/99. Frågan kom upp i förbindelse med polska och tjeckiska prostituerade krav på att fritt kunde etablera sig som prostituerade i Nederländerna. Frågan avgjordes på basen av associeringsavtalet mellan gemenskaperna och Republiken Polen och associeringsavtalet mellan gemenskaperna och Tjeckiska republiken. Innehållet i avtalet var dock identiskt med bestämmelserna om etableringsfrihet i EU:s dåvarande grundfördrags art. 52.

⁶¹ Ibid. Domslutet nr 5.

⁶² Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

⁶³ Ibid. art. 9 och 10.

ställning till hur långt medlemsstaterna kan gå i att begränsa prostituerades etableringsrätt.⁶⁴ I det första målet var det frågan om holländska myndigheters rätt att tidsmässigt begränsa drifttillstånd till en "nöjesbåt" med prostituerade. Båten skulle gå på de inre vattenvägarna i Amsterdam. Myndigheterna hävdade att "...en begränsad varaktighet är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset."⁶⁵ I det andra fallet var det frågan om tillstånd att bedriva fönsterprostitutionsverksamhet genom uthyrning av rum för detta ändamål kunde begränsas genom villkor om att tjänsteleverantören (hyresvärden) måste kunna kommunicera med tjänstemottagaren (de prostituerade) på ett språk som dessa förstår.

I den första frågan beslöt EUD att prostitution på nöjesbåtar är en tjänst som omfattas av direktivet,⁶⁶ men att tillstånd att bedriva sådana tjänster kan begränsas tidsmässigt av hänsyn till det allmänna intresset.⁶⁷ Samma svar gavs gällande fönsterprostitutionsfrågan: EUD preciserade här att de allmänintressen det var fråga om var allmän ordning och intresset av att förhindra att de prostituerade utsätts för brott; "särskilt människohandel, tvångsprostitution och prostitution av minderåriga".⁶⁸ Utgångspunkten i EU-rätten är att nationella åtgärder som begränsar, eller kan göra mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter, som alltså inkluderar fri rörlighet av prostitutionstjänster, och som därför garanteras av EU-rätten, endast kan godtas om de nationella åtgärderna är ägnade att säkerställa det allmänna intresset och de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.⁶⁹ Det är upp till de nationella domstolarna att bedöma om en åtgärd uppfyller dessa krav.⁷⁰

Det torde med andra ord vara tillåtet för nationella myndigheter att kriminalisera prostitution för att säkerställa det allmänna intresset, dvs. att förhindra människohandel, tvångsprostitution och prostitution av minderåriga. Prostitution som står i samband med människohandel är förbjudet både i Finland och i Norge. I Norge är det, som sagt, inte bara trafficking som är förbjudet, alla köp av sexuella tjänster är förbjudna. Något element av

⁶⁴ Förenade målen C-340/14 och C-341/14.

⁶⁵ Tjänstedirektivet art 11, 1 c).

⁶⁶ Undantaget för "transporttjänster" i direktivet art. 2.2d fick inte användas.

⁶⁷ Förenade målen C-340/14 och C-341/14 (59).

⁶⁸ Ibid. (68).

⁶⁹ Ibid. (70).

⁷⁰ Ibid. (71). EU domstolen skall i alla fall i ett konkret fall ge den hänskjutande domstolen upplysningar (om EU-rätten) av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra det enskilda målet.

tvång på den prostituerades sida behöver inte föreligga. Förbudet bygger på *två hänsyn*: För det första ville man i Norge komma åt den *internationella människohandeln*, som ofta ligger bakom prostitutionsverksamheten. Man ansåg att ett generellt förbud behövs för att komma åt sexköp från offer för människohandel.⁷¹ Här ligger de norska värderingarna i linje med de internationella. För det andra ansågs ett generellt förbud mot sexköp vara ett bra *verktyg för att ändra hållningar*, reducera efterfrågan och därmed marknaden för prostitution. Man räknade med att ett förbud mot sexköp kunde påverka sexköparnas medvetenhet. I förarbetena till strafflagen uttalas ”*På denne måten viser vi att vi som samfunn tar avstand fra at menneskers kropp skal kunne kjøpes*”.⁷² Förarbetena till strafflagen tar klar ställning i värdefrågan: Prostitution är inte affärsverksamhet. Prostitution är inte en tjänst som bör skyddas av EU:s marknadsrätt. Majoriteten i NHR tar ställning till skadeståndskravet mot denna bakgrund. Minoriteten är inte lika radikal och låter de skadeståndsrättsliga hänsynen väga tyngst (prostitutionen pågår ju i alla fall och är inte en olaglig tjänst). Anses prostitution som sådan strida mot det allmänna intresset i Norge och/eller i Finland? Frågan är inte kristallklar. Kom domstolarna till ett gott resultat? Min uppfattning är att svaret hänger i hop med hur man ser på kriminalisering av prostitution i allmänhet. Här är det inte konsensus i Aarnios auditorium.

⁷¹ Ibid pkt. 3.32.

⁷² Ot.prp. nr. 48 Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.) (2007–2008) s. 14.